

PREQUESTIONAMENTO E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

ARNALDO ESTEVES LIMA*
Vice-Presidente - TRF 2ª Região

I. LEGISLAÇÃO

Como sabemos, pelo art. 102, da CF:

"Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivos desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

A sua vez, pelo art. 105:

"Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 19 de agosto de 2004.

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

A Lei n.º 8.038, de 25.05.90, em seus artigos 26 a 29 tratava do procedimento aplicável a tais recursos; tais preceitos, no entanto, com a superveniência da Lei n.º 8.950, de 13.12.94, que disciplinou, nos arts. 541 a 546, do CPC, tal matéria, ficaram revogados.

Os Regimentos Internos dos egs. STF e STJ, em seus artigos 321 a 324 e 255 a 257, respectivamente, dispõem, também, a respeito dos procedimentos recursais em foco, mais voltados, naturalmente, para os âmbitos internos daquelas Cortes.

II. PREQUESTIONAMENTO

A) Os dois recursos, como se sabe, são de direito estrito, têm sua base fundamental na própria CF.

O RE constitui via recursal que objetiva assegurar, incidentalmente, no caso concreto, a supremacia da CF, eventualmente atingida pela decisão recorrida, em qualquer das hipóteses constantes das alíneas do item III, do art. 102.

Pelo REsp., instituído, como se sabe, pela vigente Carta, busca-se a prevalência positiva da lei federal ou de tratado - letra "a" -; a autoridade ou superioridade hierárquica da lei federal, face à lei ou ato de governo local (Estados, DF e Municípios) - letra "b" e, a uniformidade interpretativa da lei federal - letra "c" -.

O acesso recursal às duas Cortes, no entanto, pressupõe, além do atendimento a outros requisitos, que a instância de origem tenha examinado a questão federal ou constitucional, respectivamente.

Não obstante divergências doutrinárias a respeito da subsistência ou não, de tal requisito, a partir da CF/67 e na atual, que não empregaram, a exemplo das anteriores, o verbo questionar, resta pacificada, sem dúvida, a sua exigência.

Com efeito, a natureza e finalidade de tais recursos, onde a discussão deve ser só de direito, pressupõe que se saiba qual foi o entendimento, a inteligência, em suma, que a decisão recorrida adotou, a respeito das normas constitucionais ou legais, para ensejar o reexame pelo STF ou STJ, conforme se tratar de matéria constitucional ou legal, respectivamente. Não havendo aquele prévio juízo, será quase que impossível fazer o cotejo final entre a decisão recorrida e a CF ou a lei federal, naquilo em que se alega terem sofrido infringência ou violação.

B) Não é sem razão que persiste constante a jurisprudência do STF, editada nos idos de 1963, e que se aplica aos dois recursos excepcionais, a saber:

Súmula 282 : *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."*

Súmula 356 : *"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito do prequestionamento."*

No Direito do Trabalho, igualmente, para o RR (art. 896 e segs.) da CLT, a jurisprudência do eg. TST, Súmula 297, faz a mesma exigência, conforme sua redação:

"Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à

parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão."

A sua vez, o eg. STJ sumulou, verbete 98:

"Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório."

C) Quanto ao REsp, é interessante lembrar que a Corte Especial do eg. STJ, por ampla maioria, ao julgar os ED 158070-SP, sufragou o voto do Relator, Ministro GARCIA VIEIRA, restando o acórdão com a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL - PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. CITAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS - DESNECESSIDADE.

Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida.

O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal.

Embargos recebidos." (DJ de 20.03.2000)

Como se verifica, não se faz mister a indicação, digamos, dos artigos da lei federal que teriam sido contrariados, para configurá-lo. Necessário, sim, que a questão federal, a matéria jurídica, tenha sido enfrentada, debatida, pelo acórdão recorrido. Suponha-se que se discutiu se haveria ou não obrigatória intervenção do MP, em determinado feito (CPC, 82 e segs.), não se mencionando a(s) norma(s) legal(s). Desde que a questão não envolva reexame de provas, a omissão dos preceitos legais que teriam sido violados, não descaracteriza, por si, o prequestionamento.

Idem, se se discute a aplicação ou não do princípio isonômico, sem mencionar, porém, expressamente, o art. 5º, da CF, para fim de RE.

D) Por outro lado, a mesma Corte Especial, por maioria, ao julgar os ED no REsp 8.285-RJ, relator Ministro Garcia Vieira, assentou:

"E M E N T A

*PROCESSUAL CIVIL- RECURSO ESPECIAL-
PREQUESTIONAMENTO - NECESSIDADE - QUESTÃO FEDERAL.*

É necessária a interposição de embargos de declaração para se obter o prequestionamento, possibilitando a abertura da via especial, mesmo que a questão federal tenha surgido somente no julgamento perante a Corte de origem.

Embargos rejeitados." (DJ 09.11.1998).

Destarte, embora discutida, debatida, determinada questão pelas partes, mas silenciando-se a decisão a respeito, será imprescindível a interposição de tal recurso para se prequestioná-la, abrindo a perspectiva da via excepcional.

E) Cumprido tal ônus pela parte, caso o órgão julgante, todavia, não explicita, não se manifeste sobre a questão federal, a jurisprudência do mesmo e eg. STJ sufraga entendimento no sentido do cabimento do REsp, em consequência, mas por violação ao art. 535, do CPC.

No particular, parece menos rigorosa, em princípio, a orientação do STF, conforme se colhe, v.g. da seguinte

"EMENTA: Recurso extraordinário: prequestionamento: embargos de declaração (Súmula 356).

A falta de manifestação do tribunal *a quo* sobre as normas discutidas no recurso extraordinário não impede, em princípio, o seu exame pelo STF, se a parte buscou o suprimento da omissão mediante embargos declaratórios (Súmula 356); mas, o entendimento, adotado no

STJ, de que a oposição dos embargos não afasta, em tais hipóteses, a falta de prequestionamento (devendo a parte, caso persista a omissão, suscitar contrariedade ao art. 535 do Cód. Proc. Civil), embora conflitante com a orientação refletida na Súmula 356 do STF - e, por via de consequência, com sua fonte normativa (CF, arts. 102, III, e 105, III) -, não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, únicas invocadas no recurso extraordinário." (Ag. Reg. em AI 198.631-1/Pará - Relator Ministro Pertence - 1ª Turma, un.).

Assente, assim, que tais recursos para sua admissão ou, caso superada tal etapa, para seu conhecimento, devem atender além dos demais, a tal pressuposto específico.

III. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

No que toca ao juízo de admissão, o §1º, do art. 541, do CPC, exige que a decisão seja fundamentada, consolidando-se a jurisprudência do STJ, na Súmula 123, a dizer:

"A decisão que admite ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos pressupostos gerais e constitucionais."

A) A respeito, escrevi, em outra ocasião: "Embora tal decisão seja, essencialmente, provisória, pois sujeita ao reexame da instância final, há, sem dúvida, juízo valorativo, relativamente discricionário, do seu autor, ao emití-la, examinando-se os vários aspectos enfocados, que podem ser de natureza constitucional, legal, regimental ou jurisprudencial, bem como, de fato, probatório. O fim básico da referida exigência, para nós, consiste na filtragem que a lei deseja se faça, no encaminhamento, ou não, de tais recursos, tendo em vista a impossibilidade dos Tribunais destinatários (STF e STJ) julgarem todos, considerando o seu grande número, aliado à circunstância de já estar a

decisão recorrida, na maioria dos casos, em princípio, harmônica com a ordem jurídica *lato sensu*".

B) Além do aspecto estritamente técnico que vimos, o lado útil, diríamos, também conta na exigência do prequestionamento. Sabemos que inúmeros - quiçá a maioria - de REs e Resps não ultrapassam tal barreira. Caso inexistisse referido óbice, no atual contexto de verdadeira avalanche de recursos, a situação seria, ainda, muito mais onerosa, em termos de sobrecarga de trabalho, para os dois referidos tribunais.

A decisão que admite o recurso é irrecurável, podendo, quando muito, ser objeto de embargos de declaração quando manifesta, por exemplo, a contradição entre seus fundamentos e a conclusão. Conforme Súmula nº 19, do TRF da 2ª Região, de tal decisão, seja em que sentido for, não é cabível agravo regimental.

"Não é cabível agravo regimental de decisão que examina a admissibilidade dos chamados recursos constitucionais - RE, REsp e RO".

A que o inadmite é agravável - CPC, art. 544 -.

Além disso, caso a decisão recorrida contenha partes autônomas, a admissão por uma delas não impede o exame na Corte final, pelas demais - Súm. 528/STF -, o que afasta o interesse processual em agravar quanto à parte em que a decisão inadmitiu o recurso.

IV. DIVERGÊNCIA

Quanto ao REsp. pela alínea "c", III, 105, divergência de interpretação da lei federal, exige-se, também, o prequestionamento, conforme já decidiu o STJ, dentre outros, no REsp. nº 146.834-SP, Relator em. Ministro ADHEMAR MACIEL, DJU de 02.02.98, p. 96 (*apud* MANCUSO, 6ª ed. De seu RE e REsp., RT, pág. 216), a seguir:

"Tal como se dá no recurso fundado na letra a do inciso III do art. 105 da CF/88, o especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional também deve atender à exigência do prequestionamento. Isso porque é impossível haver divergência sobre determinada questão federal se o acórdão recorrido nem sequer chegou a emitir juízo acerca da matéria jurídica."

Como se sabe, o Par. único do art. 541, do CPC, prevê os requisitos que o recorrente deve cumprir para viabilizar o recurso, pelo dissídio.

a) divergência entre o acórdão recorrido e paradigma, em torno do mesmo texto de lei federal;

b) atualidade da divergência (Súms. 83/STJ e 286/STF);

c) divergência entre acórdãos de Tribunais diversos (Súm. 13/STJ);

d) que tenha sido esgotada a via recursal ordinária (Súms. 281/STF e 207/STJ);

e) demonstração analítica da divergência (Súm. 291/STF).

V. RETENÇÃO DO AI

Outro aspecto a ser lembrado é aquele relativo ao §3º, do art. 542, do CPC, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.98, cujo propósito foi gerar a diminuição na subida dos recursos ao STF e STJ.

Tal preceito dispõe:

"O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento,

cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para interposição do recurso contra a decisão final, ou para contra razões”.

Decisão interlocutória é a que decide, no curso do processo, alguma questão incidente, conforme § 2º, art. 162, do mesmo Código. Exemplo: o Juiz indefere uma prova requerida; a parte agrava de instrumento (art. 522); o Tribunal nega-lhe provimento; interpõe-se REsp.; este, pela inovação, deve ficar retido, aguardando a superveniência da decisão definitiva e só será processado se a parte o reiterar, ao interpor ou responder o recurso contra a decisão final.

A Súmula 86, do STJ, em 1993, firmou:

"Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento."

A regra, assim, em consonância com o escopo do preceito, será a retenção, em tais casos, dos aludidos recursos.

A diversidade e riqueza dos fatos, todavia, dificilmente são abrangidos pela lei, totalmente, por mais perspicaz que seja o legislador, razão pela qual, na prática restou impossível a irrestrita aplicação de tal norma. Ao contrário, as exceções, resultantes do profícuo e necessário trabalho hermenêutico do STJ, estão quase a superar a regra. Rapidamente, pois a natureza deste não permite maior aprofundamento, vejamos alguns casos de sua não-incidência: tutela antecipada deferida, sob pena de perder a sua eficácia (MCs 1659 e 2411, DJ de 08.11.99 e 12.06.2000); REsp. que vise, tão-só, o conhecimento de AI, inclusive, caso do art. 526/CPC (REsp. 212.452-SP, DJ de 08.11.99 e REsp. 242.057-SP, DJ de 03.04.2000); matéria que verse competência absoluta ou relativa (MC 2.624-RJ, **in** Informativo STJ nº. 055); decisão determinando quem deve antecipar despesas de editais para levantamento de preço de imóvel objeto de indenização (Ag. 282.614-SP,

DJ de 12.04.2000); inaplicável referido § 3º "se a questão resolvida pelo acórdão recorrido - embora proveniente de decisão interlocutória - é daquelas que pode conduzir à extinção do processo" (REsp. 182.382-SP, DJ de 02.08.99; "o recurso especial interposto em agravo de instrumento manifestado contra decretação de falência não deve permanecer retido nos autos, por não se tratar de hipótese enquadrável no art. 542, § 3º ..." (REsp. 107.219-MG, DJ de 11.10.99); REsp interposto em AI manifestado contra decisão interlocutória proferida depois do trânsito em julgado da decisão no processo de conhecimento, e antes da execução, não deve permanecer retido, por não se tratar de hipótese do § 3º (REsp. 205.899-SP, DJ de 18.10.99); decisão que decreta a indisponibilidade de bens, tomada em AI, o REsp não deve ficar retido (REsp. 90.391-SP, DJ de 17.12.99); "tratando-se de caso em que é lícito ao juiz prover liminarmente (determinar medidas provisórias, antecipar tutela, expedir mandado, etc), a retenção do **recurso** implica sua ineficácia, vez que **retido** acabará por perder o seu objeto" (MC 2.361-SP, DJ de 13.03.2000); "não deve permanecer **retido** o **recurso** interposto contra decisão que, negando a incidência de isenção, determina o pagamento imediato de custas judiciais. É que tal decisão tende a produzir a extinção do processo, pelo cancelamento da distribuição (CPC 257)" (REsp. 212.020-RJ, DJ de 27.09.99); o REsp. interposto em AI de interlocutória proferida em execução não deve permanecer **retido** (REsp. 101.998-SP, DJ de 25.10.99); REsp. contra acórdão que, em AI, julgou deserta a apelação, não fica **retido**, devendo ser processado e julgado, pois não se aguarda decisão posterior (REsp. 173.883-SP, DJ de 26.04.99).

Provavelmente ainda não dá para se fazer uma avaliação final dos benefícios resultantes da novidade legal. Como acentuou o em. Ministro ATHOS CARNEIRO, ao encerrar, em abril/99, excelente artigo sobre a matéria: "A experiência, pois, apresenta-se válida e só o tempo e a prática do foro dirão de sua real utilidade aos fins a que se propôs".

Peço vênia, finalmente, para dizer que comungo, inteiramente, das ponderações do Ministro NILSON NAVES, ao votar nos EDRE 8.285, em 04.03.98, o qual asseriu, em certo tópico:

"Atentamente venho ouvindo opiniões, tenho conversado comigo mesmo e tenho refletido, e depois de maduramente pensar, convenci-me de que as portas não podem de todo ser fechadas, nem podem de todo ser abertas. Há caso e há caso, por isso creio melhor que a circunstância de se relevar, ou de não se relevar o prequestionamento, deve ser examinada caso a caso. Data venia, não creio se possa generalizar, de modo a sempre, em qualquer hipótese, exigir-se a oposição de embargos de declaração, por exemplo, a mim também não me parece se possa exigir embargos de declaração do terceiro prejudicado, para que ele venha após interpor recurso especial. A propósito do terceiro, ver os RE's 69.953, RTJ-71/72 e RE-91.405, RTJ-99/726, relatados, respectivamente, pelos Ministros Xavier de Albuquerque e Moreira Alves. Aliás, no caso aqui indicado como paradigma, ao que acho, porquanto dele se transcreveu pequeno trecho, era mesmo de se relevar a falta dos declaratórios."